DISSERTATIONEM INAVGVRALEM

DE

REPLICA LIBELLO INSERENDA

DIVINO MODERANTE NVMINE

ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS

IN ACADEMIA LIPSIENSI

CONSENSV

PRO

GRADV DOCTORALI

IN VTROQVE IVRE OBTINENDO

DEFENDET

CHRISTIANVS EHRENFRIED

ADOLPH FRITZSCH

LVCCA-LVSAT.

DIE XIX. IVLII A. R. S. cIↄIↄCCXXXVI.

LIPSIAE

LITERIS RICHTERIANIS.

CONSPECTVS
DISSERTATIONIS.

§. I.



§. I.

IVris Theoriam propter Praxin addiſcendam, et Ius Practicam eſſe Diſciplinam, nemini erit dubium. In addiſcendo igitur Studio Iuris, ſi ab obſoletis, ſterilibus, leuiorisque ponderis materiis diſceſſerimus, primam primariamque practicabilium, fructuoſarum, grauium, earumque, quae de pane (*vt loqui amant*) et lacte ſunt, rationem habere materiarum, operae erit pretium. Quo longius et latius vero amplus, in quo Studioſis Iuris deſudandum, pateat campus, hoc maiori animi expendant oportet agitatione, bene veriſſimum illud Ouidii:

Ius eſt Diſciplina Practica.

Vtilia addiſcenda.

Tempori inſeruiendum.

Vtendum eſt aetate, cito pede labitur aetas,
Labitur occulte, fallitque volatilis aetas.

L. III. de art. am. quo nomine deſtinatum huic ſtudio tempus, in adquirenda materiarum, quae in ipſis rerum obtinent argumentis, et quotidiano fere vſu veniunt, notitia, tantum abeſt, inquirendis iis, quorum vel nullus, vel rarior certe vſus, conſumant oportet, adducti

admonitione PAVLI *in l. 25. de Liber legat.* PAPINIANI *in l. 44. de Vsucap.* IVSTINIANI *in l. vlt. pr. C. de bon. quae liber.* Id si minus facient, Tribonianos quidem atque Theophilos sese existimabunt, annon vero, plenariam istam, qua de laetantur, Iuris peritiam, si ad facta adplicare illis contingat, Dupondiorum potius mereantur nomen, viderint illi ipsi.

§. II.

Ratio cur haec materia electa.

Cogitantibus nobis saepenumero de eligendo Themate iuridico, non ad Theoriam solum, verum Praxin etiam, quin imo declinandam erroris, quo de *§. anteced.* dictum, suspicionem peradposito, duobus abhinc annis: sub Praesidio Viri CONSVLTISSIMI, DOMINI D. KAESTNERI: *An uxor, quae consentit marito testanti, portioni Statutariae sine Curatore renunciare queat?* et praesens: *de Replica Libello inserenda*, anterioribus congruere visum meditationibus, accedit, quantum nos quidem legere meminimus, si a Commentatoribus discesserimus, praesens thema peculiari Dissertatione exaratum haud obuium esse. Principio monendum est, verbum *inserenda*, hic loci neutiquam inuoluere necessitatem, vt quidem alias de participiis dici adsolet, quod tamen in genere vix erit verum, quandoquidem verba deseruire debent intentioni, non haec verbis, *c. 15. X. de V. S.* verba hinc non nisi pro substrata materia sunt intelligenda. Simillimum in modum IVSTINIANVS *L. II. T. XIV. I. de Haeredibus* inscripsit *instituendis:* quod vero ibidem haudquaquam de haeredibus necessa-

Participia non semper inuoluunt necessitatem.

rio,

rio, et semper instituendis fiat sermo, ne iis quidem, qui vel leuiter saltem hanc materiam degustarunt, erit incognitum, eundem in modum in praesenti themate, *de Replica libello inserenda*, varia quidem, non vero quasi nullo non tempore id fieri debeat, vt inferatur libello, animus est differere.

§. III.

Definitionem omnem in Iure ciuili esse periculosam, ait IAVOLENVS *in l. 202. ff. de R. I.* quocirca in formanda ea, quae est Replicae, haud conueniunt inter se DD. plerorumque attamen est sequens: quod *sit positio,* (quatenus scilicet opponitur Exceptioni) *qua actor ad exceptiones a reo oppositas respondet, ad elidendam hac ipsa eius intentionem.* Non vnus est Positionis significatus, quandoque sumitur pro fundo, sorte, patrimonio, *vid. l. 3. § 2. de ann. legat.* quandoque breuem denotat facti narrationem, ad eliciendam veritatem, *vid.* MARANT. *in Spec. Aur. p. 17. rubr. de Posit.* et late DVRANDVS *in Spec. Iur. P. II. L. II. de Posit.* vnde denominatio libelli positionalis, vid. CALVIN. *Lex. Iurid. voce Positio.* Neuter horum huic conuenit tractationi; per eam potius hic intelligimus: *Ius, quo exceptio a reo opposita resoluitur. vid. l. 35. de Pact. in f.* id quod vernacula effert: einen Satz, Rechtlich Einbringen. Responsiones ad rei exceptiones remouendas. Huc collineant verba VLPIANI *in l. 2. § 1. de except. Replicationes nihil aliud sunt* (inquit) *quam exceptiones, et a parte actoris veniunt, quae quidem ideo necessariae, vt exceptiones excludant,*

Definitio Replicae.

Positio varie sumitur.

cludant, alium igitur in finem nullum, quam obuiam ire exceptionibus rei, Replica vtitur actor. His recte ita sese habentibus, Replica quatenus vel statim inferatur libello, vel rei demum sequatur exceptiones, vel in secunda proponatur instantia, (*quo de* §. 14. *infra*) est: *Remedium actori competens, ad excludendas rei exceptiones.*

§. IV.

Exceptiones rei generales non sunt attendendae.

Remedium hoc, si libello non statim inferatur, actori non competit prius, quam rite a reo oppositis exceptionibus, contra quas vt replicare, sic et articulos concipere valeat elisiuos. Exceptiones igitur reus opposuerit, necesse est, non generales tantum, *v. c.* tua non interest, non adimpleti contractus, non competentis actionis, (quae vltima quandoque vt specialis admittitur §. 8. *infra*) quales siue vt dilatoriae opponantur, siue vt peremtoriae, non sunt attendendae, *vid.* VASQV. *illustr. contr. P. II. L. II. c.* 32. *n.* 13. et Iudex earum rationem habet nullam, teste ANT. FABRO *in Cod. L.* 9. *t.* 22. conf. KLOCK. *Vol. VIII. consil.* 149. *n.* 325. Sic reus exceptione non fundatae intentionis opposita, in reprobatione vi huius speciales quas habet, deducturus, audiendus non est, quandoquidem exceptio adeo generalis, vt ex quo potissimum capite, actoris intentionem haud fundatam velit, non adpareat, actor enim tali ratione et elisiuos concipiendi articulos, et replicam suam probandi, priuaretur facultate, vti pronunc. *ICti Viteb. Mens. April.* 1720. *test.* WERNHERO *P. IV. O.* 152.

§. V.

§. V.

Salutarem et omnibus numeris abſolutam commendare quidam haud dubitant cautelam: *Exceptiones non niſi generales opponere, et Litis Conteſtationi adnectere,* v.g. rei non ſic ſed aliter geſtae, ad adimendam actori facultatem formandi articulos eliſiuos, et replicam. Vellent, velimus, rem paulo curatius perpendere ipſam, haud contemnendum inde emergere damnum, et omnem cautelam, quanta eſt, commodi habere nihil, incommodi ſatis, illis innoteſceret. Quid enim prohibet actorem, quo minus rei calliditatem bene animaduertens, pari eam poſſit compenſare, atque deducere, perinde habendum eſſe reum, ac ſi plane non excepiſſet, cum paria ſemper ſint, aliquid facere, vel facere quidem, ſed non legitime, paria quoque eſſe, plane non excipere, vel excipere quidem, aſt illegitimo modo. Certe potiſſimus huius cautelae erit effectus, vt reus cadat probatione; articuli enim ſuper exceptionibus non ſtatim poſt L. C. ſed multo poſt expreſſis, concepti, ſunt impertinentes, *a O. P. S. V. T. 21. §. 4.* funditus tandem laudata euertitur cautela per *O. P. S. R. T. XI. §. 4.*

Cautela quorundam.

Verum damnoſa.

Paria non excipere, vel excipere, ſed illegitime.

§. VI.

Ex dictis hactenus ſatis adparet, quam bene ſibi conſulat generaliter tantum excipiendo, reus, actor ſi velit memoratam in eius odium retorquere cautelam, id quod non prudentis ſolum actoris eſt, ſed omni etiam fit iure. *vid.* TITIVS *in I. Priu. L. 12. c. 7. §. 2.*

Ratio cur haec cautela non probanda.

 ID.

ID. *in Obſeru. Lauterb.* 1134. Fac, reum ad circumueniendum actorem, nil niſi praedicta opus habere cautela, haud ſcio, an vel vnus ſaltem reorum, quippe quorum fugere *l. 13. C. de Iudic.* de bonitate cauſae, vel legitimis ad ſe tuendum mediis ſollicitus ſit futurus, herba potius illi eſſet haec cautela Betonica, ad declinandum omne iudicium, elidendamque quamcumque, cuiusuis actoris intentionem. Nullo vero modo malitiis hominum indulgendum, *l. 38. de Rei Vind.* multo minus eum adhuc in finem, vt alteri per alterius malitiam iniqua inferatur conditio. *l. 74. de R. I.*

§. VII.

Vti libellus generalis, eodem modo exceptio generalis, nullius momenti.

Verum itaque permanet, reum exceptione non audiendum eſſe generali, non autem ob illam ſolum, qua de *in §. 4. in f.* facta mentio, rationem, verum etiam eam maximopere: quod excipiendo reus fiat actor, *l. 1. de Except. l. 19. pr. de probat.* Quemadmodum vero actoris libellus generalis, ſpeciali ſine cauſa debendi, vel iuris, ex quo agit, facta certioratione, haud ſuſtinetur, intuitu rei mitius procedendum non erit; iam vero actor v. g. 100. petens ex Contractu, nullam aliam tuto ſperare poterit ſententiam, praeter eam: **Daß die Klage. immaßen ſie anbracht, nicht ſtatt habe,** vid. SVENDEND. ad FIBIG. *p. 229.* Quinimo eiusmodi libellus ex officio reiiciendus, actor in expenſas, Aduocatus poenam V. thaler. condemnandus, *per O. P. S. R. 1. 5. §. 3.* ex natura correlatorum, cum ad paria iudicentur actor et reus, quam id recte faciant rei generaliter excipiendo, conſtat. vid.

vid. BACHOV. *ad* TREVTL. *Vol. I. Disp. V. th. 1. l. b.* et omn. de BERGER. *de art. elis. th. 19. in eius Vol. XXXIV.*

§. VIII.

Exceptionem, superius §. 4. diximus, non competentis actionis, vt generalem non debere attendi, patitur limitationem, eo duntaxat casu, si vt specialis obiiciatur, nondum scilicet competentis actionis, quippe quae actori, iusto citius agenti, merito obstat, haud secus ac si agat ex facto quidem vero, ad agendum vero inhabili; ex testamento velut inualido, vbi exceptio non competentis actionis, pro substrata materia pro speciali reputatur, quamuis facti inhabilis adcuratius tum dicatur exceptio, vid. TITIVS *in I. Pr. L. 12. c. 7. §. 2.* aliis in casibus, in quibus vt specialis admittatur non competentis actionis exceptio v. *omn.* de BERGER *El. Proc. Prov. th. 17. 18.*

Except. non competentis act quandoque vt specialis opponitur.

§. IX.

De Replica actoris quatenus ordinario opponatur modo, hactenus. Iam ad propositum ipsum veniamus oportet, *de inserenda quippe ea libello.* Princeps hic agitanda venit quaestio: in actoris arbitrio vtrum positum sit, nec ne, nullo non tempore libello inserere Replicam? Illustr. de BERGER *in El. D. F. p. 1087.* et *El. Pr. Ex. §. 48.* distinguendo, si in continenti liquida sit exceptio, *inquit,* statim libello inserendam esse Replicam, idemque in *Oec. Iur. ed. nou. p. 1002.*

An actoris arbitrii res sit Replicam inserere libello?

existimat, variaque ibidem adducit praeiudicia *F. I. V.* Sic si vereatur actor, praescriptionis sibi obiectum iri exceptionem, statim inserere libello replicam, ad interrumpendam eam, suadet, quo facto actor a limine iudicii repellendus haud sit, quamuis praescriptio ex primo statim libelli intuitu innotescat, bene vero replica interruptionis quaestio foret altioris indaginis, ID. *c. l. conf.* WERNHER *P. VI. O. 326.* Antea enim, deinde de replica esse cognoscendum, probationes atque reprobationes absoluendas, quam super praescriptione, vtrum ei locus sit, nec ne, pronunciari possit. WERNHER *En. Iur. 472. P. II.*

§. X.

Si replica libello non inserta quomodo pronunciandum?

Bene aliter vero sentit BERGERVS, si replica libello inserta non sit, et rei in continenti liquida deprehendatur exceptio, vbi non obstante actoris replica, reum absoluendum, pronunciandumque: Daß die Klage, inmaßen sie anbracht, nicht statt habe, statuit, actor potius ad aliud ablegandus sit iudicium, quo cum etiam faciunt BRVNNEM. *I. c. L. III. c. 7. §. 3.* et quem adlegat MEVIVS *P. III. Dec. 226.* WERNHER. *P. IIX. O. 354.* ibique praeiudicia *Scab. Lips.*

Casus.

Exemplum adducere iuuabit: Cohaeres agit contra cohaeredem actione familiae erciscundae, reus opponendo exceptionem transactionis, eam documento in continenti probat, actor NB. replicando, dolo se ad transigendum fuisse adductum, enormiterque laesum, eius probationem in se suscipere vult; ad mentem BERGERI, eorumque quibus eadem placet sententia, reus

reus absoluendus, actor vero cum replica, ceu quaestione altioris indaginis, ad separatum iudicium delegandus, et in adpellationis instantia talis sententia confirmanda, vti pronunc. *ICti Viteb. Mens. Maio, 1711.* teste illustr. LEYSERO *Spec. 512. m. 8.* rationes decidendi apprime cum ad hunc casum illustrandum faciant, adducamus: Derer Kläger fürnehmstes Grauamen bestehet darinne, daß sie mit ihrer Klage abgewiesen, und Beklagter von derselben entbunden und loßgesprochen worden; alldieweiln aber Beklagter die Exceptionem Transactionis, und factae iam Diuisionis iudicialis vorgeschützet, solche auch durch das, bey denen Actis primae Instantiae, in Abschrifft befindliche, und damals originaliter producirte Document bestärcket, die Exceptio laesionis und omissi inuentarii hingegen, weil solche der Klage selbst *per modum replicae* nicht *inseri*ret worden, wider ein in continenti liquides Document, dadurch litis ingressus verhindert wird, keine statt finden, sondern in absonderlichen Processu ausgeführet werden muß ꝛc. so haben wir, solches Grauaminis ungeachtet, das vorige Urthel confirmiret.

§. XI.

Praestare igitur non solum, verum necessitatis etiam esse, in casu exceptionum rei in continenti liquidarum, libello inserere replicam, modo adlegatorum sententia est *ICtorum*, ad euitandum vti §. *praeced.* dictum, pronunciari: Daß die Klage immaßen sie anbracht, nicht statt habe. Caueat actor tamen, ne captiose opponat replicam, recte iidem quoque admonent.

Praestat secundum BERGERVM, si exceptio liquida, replicam inserere libello.

nent, *vid.* de BERGER. *El. D. F. p. 171.* Quod ad reliquum attinet, vnum erit idemque, vtrum sententia: Daß die Klage, immaßen sie anbracht, nicht statt habe, feratur, an simpliciter: Daß die Klage nicht statt habe, omissa verba, immaßen sie anbracht, tacite subintelliguntur, sententia scilicet, non aliud quam institutae actionis continet genus, non vero ad nouum illud, cui inseratur replica, adplicanda. BERGER. *El. Proc. Ex. th. 48.* ID. *in Oec. Iur. ed. nou. p. 1003.*

§. XII.

Annon praestet actori probationem concedere?

Missas faciamus horum auctoritates, ipsa re potius, et ratione exquiramus, vtrumne expediat, secundum eorum pronunciare sententiam, an praestet actorem ad replicae admittere probationem, licet libello replica inserta non sit? Iis quae sequuntur rationibus adducti, in adfirmatiuam posterioris abire sententiam, nulli dubitamus.

adfirmatur

Rat. 1)

Primam haud nullius ponderis rationem adfert illustr. LEYSERVS *c. l.* absolutoriam talem neutri partium prodesse sententiam, in vtrorumque potius vergere detrimentum, quandoquidem nulla plane exigente necessitate, non iudicia solum, verum sumtus quoque, atque temporis duplicetur iactura.

2) Reum per hanc absolutoriam licet, plane lucrari nihil, non enim motam contra illum tollit actionem, saltem in aliud tempus eam differt, certo enim praeuidere posset reus, exhibito alio libello, emissa noua citatione, noua litis facta contestatione, alia desuper sententia lata: Kläger solle Dolum und die Laesion erweisen, iri pronunciatum, quae duae rationes Illustr. LEYSE-

LEYSERO iam familiam ducere videntur. Addamus vlterius 3) esse et iudicis, et partium, si vtrique conscientiae rationem habere velint, omnem quidem ad abbreuiandos Processus, euitandos sumtus, aucupandum tempus, nauare operam, tantum abest, cumulandos, augendos, cum quod fieri possit per pauca, per plura fieri prohibeatur, *a. §. 43. l. de R. D.* taceamus, in Saxonia praeprimis Electorali, longe saluberrime, etiam atque etiam, passim, in *O. P. R.* idem iniungi, alium vero in finem nullum tenderet vnquam admissio actoris ad probandam replicam separato in Iudicio. Iudicis 4) est, sententia litem dirimere, perque eam finem facere controuersiae, *l. 21. ff. de R. C.* annon in adducto casu iudex actorem ad nouum, et aliud iudicium remittendo, nouam litigandi praebeat causam, nedum per indirectum ad controuertendum inuitet? 3) 4)

§. XIII.

Praegnans 5) est ratio a L. C. desumta adfirmatiua. Reus litem adfirmatiue contestatur, adiicit vero exceptiones peremtorias, nullum est dubium, admittere eum ad earum probationem, actor adfirmat rei exceptiones, replicando iisdem obuiam it, quid oberit, quo minus ad eius probationem admittatur, vti reus, cum ad paria iudicentur actor et reus, pro natura correlatorum, hinc est, quod in *l. 22. §. 1. de Except.* contraria replicatio dicatur exceptio, et quasi exceptionis exceptio, quia perinde vt reus exceptione, actor vtatur replica, ad elidendam rei intentionem, *l. 2. §. 1. de Except.* in effectu replica sub exceptionis conti- 5)

continetur nomine, ſubit enim reus excipiendo partes actoris, viciſſim actor replicando rei, ZIEGLER. *ad* LANCELL. *I. I. C. L. 3. t. 8. §. 21. ad verba: ad ſimilitudinem.* Si denique a reliquis omnibus, quae adduci poterunt adhuc, diſcedamus rationibus, dictae erunt ſufficientes ſatis, ad iniungendam actori probationem, licet replica inſerta haud fuerit libello, licet liquida deprehendatur rei exceptio.

§. XIV.

Non obſtat c. 1. de L. C. in 6.

Hac ſententia alienum non eſt, *c. 1. de L. C. in 6.* quo in capite reus, exceptionem litis ingreſſum impedientem opponens, a neceſſitate litem conteſtandi liberatur, non autem in *d. c.* ſermo, niſi de exceptione litis ingreſſum impediente, quae actionem plane tollit, atque perimit, LEYSER. *c. l.* aliter vero ſentiendum de tali, quae per replicam actoris fit turbida, atque controuerſa, vti in caſu a nobis adlato, niſi reus replicam in continenti, duplicando iterum remoueat.

Non obſtat obſeruantia.

Aeque minus ſententiae noſtrae detrahit quidquam, trium ille literarum tyrannus, MOS, (*verbis Roterodamenſis liceat vti*) obſeruantia ſcilicet, nulli equidem ſumus neſcii, in contrarium quandoque pronunciari, in auctoritatibus nobis non prius videtur adquieſcendum, quam ſi iſtae comparatae ſint *ad l. 18. C. de Iudic.* in eo autem a nobis caſu adducto, haud ſine iniuria litigantium, MORI gereremus morem. Audiamus MAESTERTIVM *de artif. diſp. §. 9. auctoritas rerum* (inquit) *iudicatarum in hac decertandi palaeſtra parum prodeſt, ſi dixerit quis ſic vidi, ſic audiui, en deciſionem; magis*

magis risum, quam nostram fidem excitat, nos quaerimus, cur ita dictum, num ea redoleant iustitiam, annon potuisset iudicari melius, conf. elegantissima Differt. GRIBNERI, cuius praematurum hucdum deploramus obitum, *de Obseruant. Colleg. Iurid. occas. §. 49. Resol. Grau. d. a. 1661.* quantum auctoritatibus tribuendum sit, aliorum iam esto iudicium.

§. XV.

Vlterior efflorescit quaestio: an in secunda etiam instantia actor replica audiendus? Reum recte in hac etiam instantia opponere exceptiones, inter omnes constat Iuris Doctores, plane et nouas, et diuersas ab iis, quibus in prima instantia fuit vsus, modo non ad aliam attineant, quam institutam actionem, certum etiam est, reum non adstringi ad exceptionem vnam, vt actor actionem pluribus potius, et a se inuicem discrepantibus, recte vtatur, *l. 8. de Except. l. 43. de R. I. c. 20. de R. I. in 6.* siquidem hic nulla obueniat diuersitatis ratio, primam inter, et secundam instantiam, priori enim sententia per adpellationem suspensa, in pristinum causa redit statum, in quo ante L. C. erat v. *omn.* FERRAR. *de Adpellat. L. III. c. 5.* vbi BALDO dissentienti respondet. Plane nobis ambiguum non est, intuitu actoris, ab adfirmatiua etiam stare sententia, replicationes enim 1) vti *§. 12. in f.* dictum fuit, sub exceptionis nomine continentur, vt igitur aeque minus replica in adpellationis instantia sit reiicienda, quam rei exceptio. 2) Partes actoris replicantis dicuntur fauorabiliores, quam rei, vt

An replica in secunda Inst. admittatur?

adfirmatur

Rat. 1)

2)

notat

notat Gloſſa et DD. *ad l. fin. C. de edendo.* propterea aeque facile concedendum illi videtur, diuerſis ac variis vti replicationibus, *l. 13 C. de tranſact.* BARTOL. *in l. 8. de Except.* His praeſuppoſitis, actorem in adpellationis inſtantia, omnibus illis recte vti replicationibus, quibus vel ad intentionem ſuam confirmandam, vel rei exceptionibus ſatisfaciendum, ineſſe quid, credit, ſalua manente vtrobique ratione, adparet. Caſus. Fac itaque actorem agere contra venditorem, ad rem tradendam, hunc vero, ſe tempore contractus extitiſſe minorem, excipere, remque ſine decreto valide alienare non potuiſſe, abſolui quoque ſententia, integrum ſine dubio eſt actori, interpoſita adpellatione replicando deducere: reum maiorem factum, ratihabuiſſe contractum *l. f. C. ſi maior factus.* Fac porro actorem petere decimas, reum adlegato priuilegio abſolui, ſe contra priuilegium praeſcripſiſſe, actor in adpellationis inſtantia replicabit. *vid. c. 15. X. de Priuil.* Obiiciat, ſi quis velit, *l. 30. §. f. de pecul.* vbi replica dicitur ſequi naturam actionis. Eatenus id ſciat procedere tantum, quatenus cum ea conueniat, et in eo ſolum caſu durare tam diu, quamdiu alias duraret actio, ſecus in reliquis, vbi naturam potius ſequitur exceptionis. *l. f. de Except. vid.* DECIVS *in c. ſi autem n 8. de reſcr.* Rectius itaque cum adfirmatiua facere ſententia nobis videmur, actorem in ſecunda inſtantia iis omnibus, quae ad elidendas rei exceptiones quid faciant, vti poſſe. *conf.* HARTM. PISTOR. *L. IV. qu. 23. n. 39. ſeqq.* cum idem iuris eſſe poſſit in replica, quod iuris in exceptione. *vid.* MEVIVS *P. III. Dec. 226. n. 3.*

§. XVI.

§. XVI.

Supra §. *9.* diximus praescriptionis exceptionem elidi posse per replicam libello insertam, quaeritur: an idem in apocha? Contingit quandoque Creditori, bonam debitoris fidem agnoscenti, vt sub promissione realis solutionis in euentum det apocham seu quietantiam, postea vero solutionem obtinere nullo modo queat, quali ei succurrendum remedio? Instituat necesse est querelam non numeratae pecuniae intra 30. dies, *l. 14. C. de N. N. P.* BESOLD. *P. II. conf. 59. n. 7. 8.* cur vero adeo parum temporis actori hic ad agendum currat, DD. eam perhibent rationem: LL. creditorem haud adeo facilem praesumere in danda apocha, factam ante solutionem ipsam. *vid.* HEIGIVS *ad T. I. de Lit. Obl. n. 30.* Ea quaestio hoc in casu quae caput est: an Creditor, si amice se erga debitorem exhibere, precibusque solutionem exigere, quam ex iure cum illo agere malit, nonnumeratae pecuniae querelam non instituat, praeterlapso 30. dierum spatio adhuc agere, et libello replicam de dolo debitoris, ad elidendam eius apochae exceptionem, inserere queat? neganda videtur *ob l. 14. §. 2. C. de N. N. P. tempore 30. dierum praeterlapso, Creditorem hanc exceptionem in tantum amittere, vt omnino cautioni suae stare teneatur, nec vlterius de pecunia sibi non soluta querelam mouere possit, etiamsi onus probandi in se suscipere velit;* vna cum hac lege idem statuunt WESENB. *P. I. Conf. 42. n. 18.* CARPZ. *P. II. C. 29. d. 19. n. 7. 8.* FREYER. *de*

Si Creditor apocham dat in euentum,

intra 30. dies querelam instituat N.N.P.

Solut. c. XI. n. 39. qui Creditorem nec hoc caſu ad iuramentum admitti vult.

§. XVII.

Verior adfirmatiua.

Verum enim vero, verior adfirmatiua eſt ſententia, quamuis enim de iure quidem iſta ſeſe habeant ita, de quibus §. *ant.* dictum, regulariter etiam talem in modum procedatur, iuſtum et aequum tamen manet, atque permanet 1) iura ſubuenire deceptis, non decipientibus, *l. 2. ad SCt. Vellej.* 2) neminem cum alterius damno et iniuria fieri debere locupletiorem, *l. 14. ff. de condict. ind.* quo iure dolus, cui alias omnibus modis occurrendum *l. 1. de dolo,* debitori poterit prodeſſe? Certe aequitas, quae in omnibus, maxime autem in iure ſpectanda *l. 8. C. de. Iudic. citatae l. 14.* limitationem addet. His 3) cumulum adiicit *l. 5. §. vlt. de doli mali et met. exc.* quod dolus eiusmodi ſpecialis contra quietantiam et Chirographum ipſum, perpetuo poſſit vrgeri, qualem in modum pronunc. *ICti Viteb.* referente WERNHERO *P. II. O. 355. Suprema Cur. Prou. Lipſ.* it. *Scab. Lipſ.* quae late omnino cum rationibus dubitandi et decidendi apud BERGER. *in E. D. F. p. 375. ſeqq.*

Rat. 1) 2) 3)

§. XVIII.

An actor, ſi neget except. ad probationem replicae admittendus? videtur quod non

Negat interdum actor, annon tum erit ad probationem replicae admittendus? Deſumto argumento a reo in poenam inficiationis, negatiua ſententia aliquam prae ſe ferre videtur ſpeciem, reus enim, litem negatiue

negatiue conteſtatus, ad libellum, in quo proprio ſuper facto iuramentum ei delatum, perdit exceptiones, *vid.* RIVIN. *ad O. P. S. t. 16. En. 14. t. 18. En. 129.* iam vero excipiendo reus fiat actor, actor replicando reus, ad paria quoque eſſe iudicandos? Sed poena inficiationis, quandoquidem 1) nulla ſanciatur lege, fori potius vſui eam acceptam referamus, id quod pluribus deducit WERNHER. *P. I. O. 107.* 2) odioſa, quale ſine dubio inficiationis poena reſtringenda *c. 15. de R. I. in 6.* tantum abeſt amplianda, vel de caſu ad caſum extendenda, dicta inficiationis poena, quae intuitu rei tantum obtinet, ſpecifice ad actorem adplicanda non eſt. 3) *O. P. S. R. t. 16. §. 3.* reo quidem in poenam mendacii, ſi propria negauerit facta, niſi tempore L. C. aliam de iis non habuiſſe notitiam, iuratum adſerat, exceptionum minatur amiſſionem, replicae vero ibidem nullam iniicit mentionem, noſtri arbitrii res non erit, ad actorem idem extendere, in ſtricta potius deciſione conquieſcamus. *conf.* STRYCK. *de Proceſſ. abbreuiandis per poenam mendacii. Hal. 1703.*

rectius adfirmatur, Rat. 1)

2)

3)

§. XIX.

Ad paria iudicari actorem et reum, in communi omnium ore eſt ICtorum. Quatenus hoc intuitu Replicae procedat, huc quadrat inquirere. Exempli loco, vt res fiat clarior, ſit *l. 26. ſi contendat ff. de Fideiuſſor.* Confideiuſſores adhuc quidem ſoluendo exiſtentes, video perdere, atque dilapidare bona ſua, ego confideiuſſor prouoco Creditores, ad hoc, vt in iudicium veniant, meamque diuiſionis exceptionem audiant,

Ad paria iudicari actorem et reum, limitatur.

Caſus ex *l. ſi contendat 26. ff. de Fideiuſſor.*

probat. ita actor qua replica, siue statim inseratur libello, siue postea opponatur, illam probabit? nuda enim veritatis adsertio omni destituitur probationis effectu. Modus probandi, pro ea, quae est DD. diuisio, est vel ordinarius, per Testes, perque documenta, vel extraordinarius per iuramentum, qualis igitur hic locum habet? seorsim in subsequentibus.

§. XXI.

Actor potest replicam ad euertendas rei exceptiones articulatim concipere, quales κατ' ἐξοχὴν replicatorii vocantur articuli, quamuis si elisiuorum denominatione vti malis, haud peccabis. *vid. omn.* de BERGER *de art. elis.* §. *13.* Vtrum vero iuramentum super elisiuis articulis recte deferat actor? respondemus distinguendo: inter Ius Ciuile, Saxonicum et inter. De priori adfirmatio in nullum venit dubium, in quouis enim processus articulo iuramentum recte defertur *per l. 12. C. de reb. cred. et iur. iur.* quinimo licet actor probationem ingressus, ea desistat, vel probaturus deficiat, hucdum Ius ciuile ad iuramentum indulget regressum. *vid.* FRANZK. *tit. de Iur. iur. n. 108.* MEVIUS *P. IV. dec. 5.* BRUNNEM. *ad l. 12. n. 15.* ibique vna cum iis quos refert, elapso iam termino probatorio, recte adhuc deferri posse iuramentum, statuit.

De articulis elisiuis.

Iuramentum an super iis possit deferri. Respondetur distinguendo.

§. XXII.

Posteriori autem Saxonico iure, adcuratius procedendum, actoris quidem arbitrii res est, replicam inserere libello,

De Iure Sax. in ipso libello deferatur.

libello, vel ea, oppositas demum post rei exceptiones, vti malit, iuramentum vero in ipso libello deferre tenetur per *O. P. S. R. t. 18. §. 1.* **solches alsofort in dem Klage-Libell thun ꝛc.** ex quo conficitur, si replica fuerit libello inserta, super eadem quoque in libello deferendum esse iuramentum, quod postea haud admitteretur *vid. O. P. S. R. c. l. §. 2.* Actori omnino, quod reliquum, adhibeat cautionem, atque circumspectionem, de rite se, sufficienterque satis instruendo, replicam si libello inserere velit, superque eam deferre iuramentum. Si enim illi, quod humanum dicitur, contigerit, acceptato, et praestito iuramento, ob damnum, quod sua culpa sentit, non habet, quo de queratur, quam se ipso, id certe semper tenebit, vtrum praestet, expectare antea rei exceptiones, quam replicet, ad eo melius sibi prospiciendum, aut se informandum.

§. XXIII.

Si replica libello non inserta. Casus.

Si replica libello inserta non fuerit, circa delationem non vna est DD. sententia. Actor *v. g.* simpliciter format libellum in rei vindicatione, reus opponit exceptionem praescriptionis, actor replicando, laudabili se tuetur absentia, eaque reo haud incognita, medio velut, ad auertendam praescriptionem. Quidam hic statim, deferendum esse putant iuramentum super replica, vel attamen iuramenti delationem reseruandam, qua reseruatione neglecta, in articulis postea elisiuis illud deferre, non amplius integrum fit, solido vero hanc sententiam destitui fundamento, et omissa quamuis delatione, aut reseruatione, in articulis recte adhuc deferri iuramentum, late et docte deducit de BERGER. *in Tractatu*

quousque

quousque in foro Electorali deferre liceat Iuiur. th. 3. Qualem in modum etiam pronunciarunt *F. I. L.* et *S. C. P. L. teste* MENCK. *in Theor. et Pr. Pand. p. 326.*

§. XXIV.

Sententia igitur, iuramentum, etiamsi in libello delatum non sit, in articulis probatorialibus, super replica posse deferri, haud amplius dubia. Sententia enim iniungens actori probationem vlterius, quam ad libelli capita, a reo negata, si extenderetur, haud sine iniuria fieret, tantum abest, eam ad replicam, quae a libello longe diffidet, esse referendam. Sententia haec vlterius in *supremo Adpellat. Senatu* et *Collegiis*, quae *Vitebergae*, recepta atque adprobata. *vid.* WERNHER. *P. II. O. 351.* Sententia eadem placuit porro *Scab. Lipſ. M. Mai. 1710.* ad requisit. derer Stadt-Gerichte zu Merseburg *in causa* Michael Stechens contra Christian Deutgen: Daß Beklagter auf den 13. 16. 17. 18. Beweis-Articul *sub poena confessi et conuicti* sich einzulassen schuldig: Rationes decidendi: Obwol auf den Beweis der Klage rechtskräfftig erkannt, und in solchem Fall der Regreſs zur Eydes-Delation nicht statt hat; Dieweil aber dennoch der *13. 16. 17. 18. Articulus probatorialis* nicht facta libelli, sondern dergleichen *Replicas*, wodurch Kläger des Beklagten Exceptiones abzulegen vermeynet, in sich begreiffen, über solche *Elisiu-Articul* aber der Eyd auch bey dem Beweisse gar wohl *deferi*ret werden mag rc. *vid.* WERNHER. *Suppl. ad P. II. O. 351.*

In replica adhuc recte defertur iuramentum.

§. XXV.

Bene diu in supremo Adpellationum iudicio, quod Dresdae, obtinuit idem; vide ea quae hanc in rem adducit

Quid iuris in Electoratu?

praeiudicia RIVIN. *ad O. P. S. t. 20. En. 117. p. 855.* His vero ab omnibus si recedamus auctoritatibus, in Electoratu nostro iuris est, deferri posse iusiurandum in articulis probatorialibus, replica libello non inserta, *vid. O. P. S. R. t. 18. §. 2.* So ist auch Klrn. über die Replic, da sie der Klage nicht bereits inseriret, also nicht Pars Libelli worden, der Eydes-Delation bey dem Beweise, und denen dahin gehörigen Articulis elisiuis, sich annoch zu gebrauchen, unbenommen, es soll aber solches alsobald bey den Beweiß-Articuln geschehen.

§. XXVI.

Probatio pro exoneranda Conscientia.

Ad liberam is, cui iuramentum delatum, voluntatem suam illud acceptare, aut referre, aut conscientiam probatione defendere potest, quae defensio non in delatis solum, verum etiam legalibus quibusdam, locum sibi vindicat iuramentis, *vid. omn.* D. KAESTNERI *Delineat. Proc. Ord. C. 24. §. 4. ibique solide hac de re.* Caueat vero reus hanc ingressus defensionem, articulos ad factum, super quo delatum iuramentum non est, dirigat, sin illos vt impertinentes reiici nolit. Caueat actor, ne, si a reo super exceptionibus delatum iuramentum, conscientiam probatione defensurus, articulos ad replicam immisceat, quales ex eadem ratione reiiciendi. *v. O. P. S. R. t. 19. §. 2.* Sic si agat actor aduersus reum ad implendum Contractum, reus se summe ebrium fuisse, excipit, superque hoc actori defert iusiurandum, actor replicat, altero die post, ratihabuisse contractum, eligit vero conscientiae probationem, in articulis elisiuis, si ratihabitionis faciat mentionem, articuli erunt impertinentes. Replica enim cum exceptionibus nihil habet commune, veritatem enim factorum, quibus innititur, vndeque exceptionem

ptionem elidere intendit, praesupponit. Quale autem, sin fiat secus, ad aduersarium inde redundat damnum? Praecluderetur ei copia ad reprobationem contra replicam, atque danda interrogatoria. Quocirca omnes causarum Patroni, omnes in eo contendant industriae vires, ne iis, quae hactenus monuimus, contrarium quid faciant, ex officio enim tales impertinentes reiiciuntur articuli. *vid. O. P. S. R. t. 19. §. 2.* Varia hanc in rem lectuque, digna apud BERGER *in E. D. F. t. 19. n. 2.* et WERNHER *P. II. O. 352.*

§. XXVII.

Quandoque reus ad exceptiones articulos dirigere potest.

Verum equidem reo conscientiam probatione defensuro, articulos ad exceptiones dirigere plane non licere, nec haec attamen regula sine exceptione. Si enim facto in libello adiuncta qualitas, quae ab Actore per exceptionem elidatur. *vid.* de BERGER *in E. D. F. t. 19. n. 3.* *obi sequ.* exhibet casum: Mercator libellum conceperat: Es habe Beklr. aus dem Cram-Laden, Inhalts Auszugs, Waaren holen lassen, und sey dafür 128. Thlr. schuldig blieben, iuramento delato, reus prius libelli caput adfirmabat, negabat alterum; entne hic reus ad iuramentum admittendus altero super capite, eique liberum, in exoneranda conscientia super exceptione solutionis, articulos adiicere? Adfirmatiue responsum in *Consil. aestiuo 1703. in causa D.* Gottfried Volckels ex iure cesso seines Eheweibes, Annen Sophien, verwittbeten Unruhin, Klägers, Hanß George von Grünrod und Cons. Beklagten, interpositaque Leuteratione, denuo confirmatum, *consilio aestiuo 1704.* quia super toto, reo delatum iusiurandum, libello. Plures recenset casus RIVINVS

ad O.

ad O. P. S. t. 19. En. 17. Cautelae loco de BERGER *c. l. p. 613.* suadet actori, sin male sibi consulere nolit, speciatim reo iusiurandum non deferre, nisi super ipsa quoque petitione, quia alias praeberet reo occasionem excipiendi antea forsan haud praemeditata, se vero priuaret reprobatione, et dandi interrogatoria ad causam facultate. *vid. O. P. S. R. t. 19. §. 2.* de BERGER *Suppl. P. I. p. 226. P. II. p. 459.* GRIBNER *Prim. Pr. Iud. L. I. c. 4. S. 3. §. 4.*

§. XXVIII.

Probatio Replicae per Documenta.

Dicta de Replicae probatione per iusiurandum sufficiant, de ea quae fit per Documenta, in praesentiarum. Actorem reo teneri edere, certum est 1) ad instruendum ipsum, talia scilicet, quibus ipse vsurus *per l. 1. §. 3. ff. de edendo.* 2) ea etiam, quibus ad fundandum opus habet exceptionem *per l. f. C. de edendo. l. 5. C. eod. vid.* BRVNNEM. *ad l. 1. de edendo n. 6.* et

Actor edit non reus.

regulariter actor reo, non vero reus edit actori. *c. l. 4. et l. f. C. de ed.* Sequentes huius rei DD. adducunt

Rat. 1)

rationes 1) conditionem rei ob fauorem defensionis esse fauorabiliorem ea actoris. *L. 125. de R. I. l. 47. de*

2)

O. et A. 2) reum conueniri inuitum, actorem agere libere, et non nisi instructum, venire in iudicium. *vid.* CARPZ. *t. 14. §. 4. n. 32.*

§. XXIX.

Limitatur haec regula.

Nulla tam generalis est, et firma regula, quae non aliquando patiatur exceptionem *l. 1. ff. de R. I.* idem contingit regulae: reum haud teneri edere actori, multa vero vt ea de re simus, quandoquidem huius loci non sit, consulendi sunt BERLICH. *P. I. C. 45. n. 24. seqq.*

GILKEN

GILKEN. *ad l. f. C. de ed.* PACIAN. *de reprobat. L. I. c. 63.* MENOCH. *A. I. Q. L. II. conf. 499. et omn.* D. KAESTNER. *Delineatio Proc. Ord. c. 30. §. 4.* Vnam vero taciti praeterire nullo modo possumus quaestionem: An reus actori ad fundandam replicam teneatur edere? Dolendum destitui nos LL. decisione huius quaestionis, cui DD. dissensum referimus acceptum. Adfirmatiuam qui ingrediuntur sententiam, in eo quod *a. l. f. C. de ed.* desumitur argumento adquiescunt, cuius in fine *Imperator Alexander: quando hoc* (inquit) *casu non oportet originem petitionis ex instrumentis eius, qui conuenitur, fundari*, argumento sic a contrario in iure alias quidem fortissimo *l. 1. ff. de offic. eius cui Iurisd. mand.* ergo ad fundandam replicam fieri debere a reo editionem. Haud desunt etiam, quibus negatiua arrideat magis. *vid.* de BERGER. *Resol. Laut. ad tit. de ed. qu. 4. in animadu.* ipse vero BERGERVS in curis posterioribus, a priori recedere sententia, minime sibi religioni duxit, *in El. D. F. t. 26. §. 1. n. 1. replica vtut sit* (inquit) *pars libelli, eodemque cum libello censeatur iure, tamen naturam suam propterea non exuit, sed replica manet, cui tantopere fauent iura, vt etiam reum, ad eandem probationibus instruendam coerceant.*

An reus ad fundandam replicam tenetur edere?

Adfirmant quidam.

Distinguit BERGERVS.

IDEM mutat sententiam.

§. XXX.

Nobis iam sufficeret Praxis, sententiam amplectens adfirmatiuam, a qua etiam aequitas, et iuris stat analogia; si enim verum, verum autem omnino est, reum excipiendo fieri actorem, *l. 1. C. de except.* actorem replicando reum, teneri ergo reum edere actori

Verior adfirmatiua.

 instru-

instrumenta. Vti etiam pronunciarunt *F. I. L. Mens. Febr. 1703. vid.* MENCK. *Th. et Pr. Pand. ad tit. de ed.* §. *10. ICti Helmstad. Mens. Iun. 1715. vid.* MARTINI *ad O. P. S. t. 26. n. 25.* GRIBNER *in Pr. Pr. Iud. L. I. C. 3. S. 4.* §. *3.* LAVTERB. *Comp. p. 43.* CARPZ. *L. III. R. 78. n. 14.* BERLICH. *P. I. concl. 45. n. 31.* TITIVS *Obs. Laut. 55. p. 49.* STRYCK. *Vs. mod. ad tit. de ed.* §. *18.* Plenissimum tandem affirmatiua sententia in Saxonia accepit robur, *per O. P. S. R. t. 26.* §. *1.* plane ergo vt ambigua amplius non sit.

§. XXXI.

Probatio per Testes.

Neutrum denique si placuerit, replicae probationem ingredi per Documentum, vel per iuramentum, integrum ei ad Testes confugere. Ea quae LL. non sunt expressa, cum sequantur arbitrium voluntatis humanae, *XIII. qu. 2. c. 33.* nulli videmus, quid prohibeat, quo minus in iis, quae alias circa probationem per testes obseruanda volunt Ordinationes Processuales, circa eam, intuitu replicae etiam adquiescamus, et deficiente LL. dispositione speciali, secundum Iuris communis procedamus dispositionem.

§. XXXII.

An hoc doctrinae genus de Replica innitatur textu iuris.

Tandem, haud sine iniuria eam omitteremus quaestionem: vtrum adsit Iuris textus, quo traditum hactenus doctrinae genus, de Replica innitatur? Adfirmare dubitamus, licet nulli simus nescii, probare id quosdam velle *ex L. 2. si aduers. rem. iud.* Lecta vero, atque perlecta hac lege, admodum difficilis nobis remansit

manſit probatio, exhibet enim dicta lex, caſum obortae inter patrem, et filium, de patria poteſtate litis, apud Proconſulem ventilatum, et tractat antea acta, et peracta, nullo vero modo adhuc peragenda, id quod noſtra praeſupponit Replica, hinc laudatae Diſſ. BERGERI *de articul. eliſ. th. 29. et Comment. ad l. 2. C. qui et aduerſus quos. th. 28.* calculum noſtrum addere, nulli erubeſcimus. Aegre enim ex verbis ſub initio *d. l.* conſpicuis: *Si cum patre tuo te in ſua poteſtate eſſe minime emancipationem a ſe factam valere diceres etc.* inferre licebit, replicam emancipationis inualidae, libello fuiſſe inſertam. Factum ſaltem in *d. l.* narratur ſimpliciter, et breuibus, quo de et alio nihilo etiam intelligenda ſunt verba, egiſſe ſcilicet patrem, excepiſſe filium, emancipationem eſſe inualidam, replicaſſe patrem. Liberum interim cuilibet iudicium eſto, hoc magis, quo minus ad ſalutem Graeciae faciat quidquam, omnis haec controuerſia. Teſtantur vero plerorumque locorum conſuetudines, Saxoniae vero *Ord. Proc. Rec. l. c.* recte replicam inſeri poſſe libello, licet Ciuilis deficiat iuris diſpoſitio.

§. XXXIII.

Generatim adhuc actoribus duas, omnibus nu- **Cautelae.**
meris commendamus cautelas: 1) Etiam atque etiam **1)**
quilibet actorum, replicam ſi velit inſerere libello, omnem adhibeat curam, operam et cogitationem, haud raro enim, non ſine magno ſui ipſius periculo, per replicam reo praebet occaſionem excipiendi talia, quorum alias in mentem eius forſan veniſſet nunquam; accedit, quod reus ab onere releuetur probandi, exceptio-

ceptiones, quia adlegatio actoris, intuitu probatae exceptionis, vim confessionis habet, *vid.* CASTRENSIS *ad l. 2. C. si aduersus rem iud.* quod expertum habere dolet MVDAEVS *ad d. l.* de BERGER. *c. Diss. th. 30.* 2) si sibimetipsi diffidat actor, rei exceptiones vereatur grauissimas, eas potius expectet antea, quam replicam inferat, sic eo melius ad eam se comparare, et eo plenius probationem perficere poterit.

2)

§. XXXIV.

Conclusio.

Tantum, quoad eius, quae nostri instituti fuit ratio, fieri potuit, *de replica libello inserenda.* Longiores esse suaderet quidem rei pondus, iuberet Praxis, in medio posita, prohibet propositum. Expleas *B. L.* relictam a nobis, quae deerit partem, nostrum fuit disserere, non commentari. Remittendum id nobis erit hoc magis, quo pauciora ordine passim, nisi in Autoribus hac de re inueniamus obuia, dissertatione peculiari, nemo huc dum nobis fecit otium. Excipias, nos ea, quae in medium adlata, accepta referre Autoribus, a nobis citatis, replicam ex antecedentibus colligas ipse, pergas duplicando, displicere ordinem, reliqua, triplicamus: Concludendo:

Inueniat quod quisque velit, non omnibus vnum
Quod placet, hic spinas colligit, ille rosas.

TANTVM!

